



POR EL CONVENTO, PRIOR, Y RELIGIOſos de ſan Geronimo, de la villa de Carauaca.

✱ EN EL PLEYTO ✱

Con doña Teodora Generelo, viuda de Iacome de Bracamonte, vezina de la dicha villa.

En Granada, por Frãciſco Sãchez, y Baltaſar de Bolibar, a la porteria de las Monjas calçadas de Nueſtra Señora del Carmen. Año de 1648.



POR EL CONVENTO, PRIOR, Y RELIGIOSOS DE SAN GERONIMO, DE LA VILLA DE [illegible].

EN EL PLEYTO

Con doña Teodora Cisnero[illegible], viuda de Iacome de Bracamonte, vezina de la dicha villa.

[illegible]



ACOME de Bracamonte, natural de la ciudad de Genoua, residéte en la dicha villa de Carauaca, otorgò en ella su testamento cerrado en tres de Setiembre de el año passado de 1636. que con la solemnidad de el derecho se abriò ante la justicia en 17. de Otubre de 1637. En el declara, que es natural de Genouá : que en ella casó con la dicha doña Teodora Generelo : que quando casó con ella tenia en dineros, y otros efectos por bienes propios suyos mas de 12U. ducados, que pide en conciécia lo declare la dicha su muger : que ella no truxo al matrimonio cosa considerable: que lo que fue poco, ó mucho parecerá por escrituras : q̄ luego que se casò saliò de Genoua : que estuuo en servicio de su Magestad mucho tiempo en las galeras que tenia a su cargo el Principe Andrea de Oria, con animo de bolver a viuir y morir en dicha ciudad, y que hasta aquel tiempo que otorgaua el testamento auia tenido el mismo proposito; y no lo ha executado por hallarse embaraçado con los bienes que tenia. Y que en las dichas galeras, militando debaxo de los Estandartes Reales, ganó alguna hazienda, que despues fue aumentando en la villa de Madrid, de adonde salió, e hizo empleos en Italia, hasta que vino a la dicha villa de Carauaca, desde adonde, y desde Madrid en diuersas ocasiones remitió a la dicha su muger mas cantidad de 10U. ducados, de que no le ha dado cuenta, siendo cosa cierta que con ellos remediò a sus sobrinos, poniédolos en estado, con que le es deudora de ellos, y assi dize, que quiere, y es su voluntad, que a la dicha su muger se le dé y pague de sus bienes la cantidad que por buena verdad y por contractos y escrituras pareciere auer traydo a su poder. Y que porque ha entendido que la susodicha pretende auer de su hazienda parte considerable, a titulo de bienes ganancia les, multiplicados mediante el matrimonio,

monio, que no se le deuen, por auer contraydo en Genoua, dõde las mugeres no tienen este derecho, y porque la dicha su muger nunca ha diligenciado su hazienda, antes la ha diminuydo teniendo sus sobrinas en su compañia: pero que sin embargo, por el amor que le tiene, manda, que de sus bienes por todos los dias de su vida se le den 2 ∪. reales en cada vn año, que al fin de ellos pueda disponer de cien ducados, y con su muerte cesse esta renta, con que no ponga pleyto, ni pretenda otra cosa, si lo hiziere no se le dè dicha cantidad, y que se le pida cuenta de los 1 o ∪. ducados que le remitió a Genoua, y que se le den lutos, y cama, y la habitacion de sus casas.

2 ¶ Dexò e instituyò por su vniuersal heredero al Conuento y Religiosos de san Geronimo de la dicha villa, para que de su hazienda se haga la translacion y fundacion del dicho Cõuento, dando la forma de todo ello, y mandó que se hiziera inventario de toda su hazienda, y que se pusiesse en parte segura, y si pareciesse conveniente se depositasse en persona de satisfacion, con assistencia de la justicia.

3 ¶ Antes de abrirse el testamento de el dicho Iacome de Bracamonte, la dicha doña Teodora Generelo hizo pedimiento ante la justicia de Carauaca, diziendo, que su marido estaua en el articulo de la muerte, que auia ordenado su testamẽto, y que auia publicado ciertas pretẽsiones, y que porque a el tiempo del matrimonio auia lleuado en dote 600. libras de la moneda de Genoua, como parecia de escritura de dote que presentò, y constante este matrimonio auian ganado y multiplicado mas de 8 o ∪ ducados, que luego que muriesse su marido el derecho le concedia restitucion de todos los bienes hasta satisfacerle la dote, y mitad de gananciales. Y concluyó pidiendo, que llegando el caso se le diesse possession pro indiuiso de todos los bienes, y traslado de qualquiera pedimiẽto del pretenso heredero, ò interessado. El Alcalde ma-

yor

yor visto este pedimiento dixo, que el testamento no estaua abierto, y que estandolo proueeria sobre ello.

4 ¶ Abriòse el testamento, y por parte del Conuento de san Geronimo se pidiò, que a la dicha doña Teodora se le hiziessen notorias las clausulas del testamento en que su marido le mandaua los 2 ꝟ. reales cada año por los dias de su vida, la habitacion de las casas principales, y los demas legados, para que las acete dentro del termino que se le señalare, y si no lo quisiere hazer, le pare el perjuyzio que huuiere lugar en derecho. Mandòse assi, y se le notificó, y no respondió cosa alguna a la notificacion.

5 ¶ Despues presentò peticion, pretendiendo amparo de la possession de los bienes por su dote y mitad de gananciales, por dezir que estos se auian ganado en España, donde auia viuido, sin animo de bolver a Genoua, y otras razones, y que assi, conforme a las leyes de estos Reynos le pertenecia la mitad, por lo qual auia de ser amparada en los dichos bienes.

6 ¶ La parte del Conuento lo contradixo por dezir que el matrimonio se auia celebrado en Genoua, a cuyos estatutos se auia de estar, conforme a leyes de estos Reynos, y que nunca Iacome de Bracamonte auia mudado domicilio, que siempre le auia tenido en Genoua, correspondiendose con su muger, hasta que auria ocho años que la dicha doña Teodora auia venido de la dicha ciudad, y que siempre el marido auia tenido animo de bolverse a ella, y otras razones.

7 ¶ Con lo qual el Alcalde mayor proueyò auto, en que mandò amparar a doña Teodora en la possession de todos los bienes que se hallassen en ser de los que quedaron por fin y muerte de su marido, hasta que con efeto sea pagada de su dote, y parte de gananciales que legitimamente huuiere de auer, sin que por este auto se alteren las ventas de los bienes, ni precios de ellos, ni aplica-

cion que está fecha de pedimiento de los albaceas, y autoridad de el Alcalde mayor. De este auto se apeló por el Convento. Y assimismo por doña Teodora se apeló de la limitacion en quanto a las ventas de bienes, consintiendolo en lo demas.

8 ¶ Sin embargo de las apelaciones bolvieron a insistir las partes en sus pretensiones, y huuo segundo auto de otro Alcalde mayor que sucedió en el oficio, por el qual confirmò el de su antecessor, con que primero doña Teodora diesse fianças depositarias, a contento del escriuano, de que bolveria los bienes que por el superior le fuessen mandados restituyr, y que en el interim que no daua estas fianças administrasse Mateo Cedran, que fue nombrado por el prior del dicho Convento.

9 ¶ En virtud de la apelacion del Convento se traxeron los autos por Real prouision compulsoria, y se emplaçó a doña Teodora, y en esta Corte se dixo agrauios de los autos de la possession, y por la susodicha de bien sentenciado, y el pleyto se recibió a prueua, y se cometió a Recetor por auto proueydo en primero de Março del año passado de 1638.

10 ¶ Estando el pleyto en este estado, en 27. de Março del dicho año de 638. la dicha doña Teodora Generelo, y el padre Prior del Convento de san Geronimo de Carauaca, hazen escritura de transacion, por la qual, haziendo relacion del testamento de Iacome de Bracamonte de la dote de dicha su muger, y poniendolo todo a la letra, y los autos del pleyto, y licencia del General, se convienen y conciertan, que por todos los derechos que le pueden pertenecer de los bienes de su marido, assi de dote, y arras, y hereditarios, multiplicados, y que en qualquier manera ayan entrado en su poder, y le deua restituyr, le aya de dar el dicho Convento la cama y lecho quotidiano que su marido le mandò: la habitacion por todos los dias de su vida de las casas principales, excepto la bodega, y aposentos baxos, que ha de quedar para el Convē-

 386

to para hazer la vendimia, ò para arrẽdarla, como le parezca: todos sus vestidos, cofres, y arcas en que estan, sin contarle por ello cosa alguna: y mas quatro mil ducados en dinero de cõtado, pagados en su casa y poder dentro de treynta dias, contados desde el dia de la fecha desta escritura, y con esto la dicha doña Teodora renuncia los dos mil reales de alimentos en cada vn año que su marido mandó se le diessen por los dias de su vida, y las partes ambas dan el pleyto por ninguno, y que esta transacion y concierto signado del escriuano se aya de presentar ante el General de la dicha Orden dentro de treynta dias, para que la aprueue sin limitacion alguna: y que en caso que en algun tiempo le falte a la dicha doña Teodora por pleyto que el Convẽto ponga, ó por no aprouar el General esta transacion, ha de quedar el pleyto començado en su fuerça para proseguirlo, como si esta transacion no se huuiera otorgado, sin que quede obligada a bolver los 4U. ducados, y que el Convento se ha de someter a Monseñor Nuncio de su Sãtidad en estos Reynos, y se ha de obligar a pagar dos ducados de salario al que assistiere a la defensa, y con estas condiciones se otorgò la escritura con renunciacion de leyes en forma, juramento, y pena al que contra ella viniere de seys mil ducados.

11 ¶ En cuyo cumplimiento el padre General aprouò la escritura, y diò poder al padre Prior del Convento de Carauaca para tomar a cẽso los 4U. ducados, obligando las rentas del Convento, para pagarlos a la dicha doña Teodora, su fecha ante escriuano y testigos, en san Bartolomé de Lupiana en 17. de Abril de 1638.

12 ¶ Despues de otorgada esta escritura, y aprouacion de ella, otorgaron la dicha doña Teodora Genesclo, y el padre Prior del dicho Cõvento de Carauaca otra escritura en diez del mes de Iunio del mismo año de 638. por la qual, haziẽdo relacion de la de transacion, dixeron, que por no auer hallado el Prior quien diesse los 4U. duca-

dos

dos a censo para entregarlos a la dicha doña Teodora dentro del termino della, se convinieron y concertaron en que por los dichos 4ỹ. ducados la susodicha se quede para si con las propriedades y bienes que vàn señalando, con ciertas cōdiciones, que vna fue, que si el Convento dentro de cinco años, contados desde el dia de el otorgamiento de esta escritura, diere a la dicha doña Teodora, ò a la persona que posseyere los dichos bienes los 4ỹ. ducados, los ha de recebir, y entregarle las possessiones, y a ello les puedan apremiar, y que durante estos cinco años doña Teodora no las pueda vender, y la venta sea ninguna: y fue otra de las condiciones, que dentro de sesenta dias el padre General ha de prouar esta escritura, *sin que por esto se dilate ni suspēda su firmeça, ni sea visto que necessite de la dicha aprouacion, respeto de ser hecha, en cumplimiento de la que el dicho General tiene aprouada y ratificada.* Con lo qual confessando ser el justo valor de los bienes el contenido en la escritura, y renunciando las leyes de su fauor, y pidiendo a la justicia que diesse la possession destas heredades a la dicha doña Teodora, se otorgò la escritura en el dicho dia.

13 ¶ En su virtud se le entregaron a la susodicha estas possessiones, y se le diò possession judicialmente, y el padre General aprouó y ratificó esta segunda escritura, como consta de la aprouacion y ratificacion que se ha presentado despues de auerse visto este pleyto en la Sala, la qual aprouacion fue dentro del termino de la obligacion.

14 ¶ Sin embargo de estar la dicha doña Teodora pagada de los 4ỹ. ducados con los bienes que recibiò en pago de ellos, vsando de la escritura de transacion, acudiò ante el Nūcio de su Santidad executando al Convento por toda la dicha cantidad, y auiendose presentado en aquel Tribunal esta segunda escritura, y verificado que huuo ratificacion y aprouacion del General, y que con los bienes que se le dieron in solutum estaua la susodicha pagada, y que auia dispuesto de algunos de los bie-

nes,

nes vendiendolos, se reuocó por auto del Nuncio la execucion que se auia mandado hazer en las rentas y bienes del Convento, y se le mandaron bolver libremente, y este auto se proueyò en quatro de Iunio de 1646.

15 ¶ Estando el negocio en este estado, como si no huuiera passado cosa alguna de lo referido, la dicha doña Teodora, para proseguir el pleyto que en esta Corte quedó pendiente, y recebido a prueua (y despachado Recetor) sobre cõfirmar, ò reuocar los autos del inferior, en que mandò amparar a la susodicha en la possessiõ de los bienes de su marido, hasta que se le pagasse su dote y multiplicado, dãdo fianças de restituyr lo que por Iuez superior se mandasse, pidiò emplaçamiento por pleyto retardado, y se le diò, y emplaçò al Convẽto, y se afirmó en lo dicho y alegado.

16 ¶ Pretendió el Convento, que no auia de responder, porque auiendo quedado fenecido el pleyto con la transacion, y siendo vna de las condiciones de ella, que no pagando los 4U. ducados pudiesse doña Teodora acudir al Nuncio, a quien el Convento se sometió, auia presentadose en su Tribunal, en que el Convento auia sido absuelto, como queda referido en el num. 14. y assi con qualquiera pretension se auia de acudir ante el Nuncio, y presentó testimonio de aquellos autos, sin embargo se le mandò responder.

17 ¶ Opuso el Convento segunda dilatoria por la transacion, y tambien por ella pretendió no responder, y se mandó respondiesse.

18 ¶ Vltimamente respondiò alegando el valor de la transacion auer vsado della, vendiẽdo los bienes, y arrendandolos, y presentò escritura en quanto doña Teodora vendiò vn cercado en 800. ducados de plata a Salvador de Alegria, cuya paga se hizo de contado en presencia del escriuano y testigos, de que dá fee, que tambiẽ la aprouó presentandola ante el Nuncio de su Santidad, que no huuo en ella lesion, antes le estuuo bien, porque se-

28 ¶ *Que la transacion fue valida, porque a doña Teodora no le pertenecia la mitad de el multiplicado, ni mas de lo que verdaderamente su marido recibió en dote.*

28 ¶ La resolucion deste articulo depende de la question *an in lucris nuptialibus sit attendendus locus originis, seu domicilij, an locus contractus?* Y en lo general en todas las estipulaciones, sino es que aya expressión de lo contrario, siempre se ha de obseruar la costumbre del lugar del contrato, *ex textu in l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de regul. iur.* l. 2. C. quẽ testam. apper. ibi: *Vt secundum leges mores, quæ locorum insinuentur*, l. si seruus 50. §. fin. ff. de legat. ibi: *Ante omnia ipsius patris familias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est*, l. 3. §. testes, ff. de testibus, ibi: *Diligentiæ iudicantis est, explorare, quæ cõsuetudo in ea Prouincia, in qua m iudicat fuerit*, l. 5. ad fin. ff. de ventre inspic. ibi: *Sed & mos regionis spectandus*, l. hæredes palam, §. sed quid post factum, ff. de testament. l. 3. ff. de legibus, l. si prius, §. 1. ff. de aqua pluuia arcenda, cum aliis congestis á Cardin. Mantica de coniectur. vltimar. volunt. lib. 6. tit. 8. Y assi supuesto que en Genoua, donde se contraxo el matrimonio entre Iacome de Bracamonte, y doña Teodora Generelo, no ay costumbre, ni ley que disponga que se comuniquen las ganancias de el matrimonio, vt patet ex statutis Genuæ, que conforme a ellos solo puede pedir, llegado el caso de la restitucion, la dote, y esto con las condiciones que se refieren en el cap. 6. del lib. 5. de los dichos estatutos, pagin. mihi 158. y auiendose celebrado alli el contrato, illius Prouinciæ loci, & regionis consuetudo, attendi debet ex iuribus relatis.

29 ¶ Confirmase lo dicho en lo particular del contrato del matrimonio, ex eo quia ex cõtractu matrimonij domicilium adquiritur, l. domici-

micilium, & ibi glos. ff. ad municipal. l. si in patria, C. de incol. lib. 10. l. 12. tit. 24. part. 2. Dom. Amaya ad l. ciues 7. C. de incolis, lib. 10. n. 30. & consuetudinibus, & foris loci matrimonij obstringitur, qui ibi contraxit, ex nuper allegata, l. si in patria, ibi. *Vltro te eiusdem ciuitatis muneribus obligasti.* Y vale el argumento, vt eo quod quis forum sortiatur in aliquo loco subiiciatur statutis eiudẽ loci, vt probat Alexand. consi. 150. nu. 13. volum. 2. Decius consi. 184. num. 9. Cagnol. ad l. exigere dotem, ff. de iudic. Y siempre se ha de atender al lugar del domicilio que tuuo el Reo al tiempo del contrato, aunque despues le mude, DD. in l. cum quędã puella, ff. de iurisdict. omn. iud. l. 1. C. eodem, cap. proposuisti, de foro competenti. Y esto corre mas sin duda, y procede en los gananciales que no se deuen a la muger, ex disolutione matrimonij, & distractu illius, sed ex ipso contractu: hoc est, in ipsa matrimonij celebratione, en la qual tacitamente se contrae la compañia entre el marido y la muger, y nace la accion a la muger para pedir su mitad soluto matrimonio ex l. 47. titul. 28. partit. 3. l. 1. & 2. titul. 9. libr. 5. Recopil. Matienço in dict. l. 2. & post alios Ioann. Garcia dict. tractat. .numer. 4. vbi refert Seguram, Gregor. Lopez, Couarruu. Palac. Rub. Ant. Gomez, Guillerm. Bonedict. Casaneum, Eman. Cost. Angul. & alios. Y todas las vezes que la obligacion nace de el contrato, este se ha de regular, iuxta leges consuetudines, & statuta loci contractus, Bart. in l. qui certo, de condict. indebiti, num. 2. Decius in l. vinum, num. 11. ff. certũ petatur. Luego auiẽdo contradichose este matrimonio en Genoua, dõde ambos los contrayentes tenian su domicilio, y de adonde eran originarios, consuetudinibus, & fori illius ciuitatis obstricti remansere, y no auiendo costumbre ni estatuto alli de que la muger lleue gananciales, licet posteà domicilium mutauerit, no los podrá lucrar, ex dictis.

30 ¶ Corre este discurso con menos difi-

cultad, considerando que Iacome de Bracamonte nunca mudò su domicilio, porque aunque salió de Genoua, y estuuo en diuersas partes, siempre su animo fue de bolver a la dicha ciudad, y conservar este domicilio, y este animo de conservarle probatur coniecturis secundum Abbatẽ in cap. fin. vers. *Animus autem*, de parrochi, Paris. cons. 12. num. 17 lib. 3. Menoch. de arbitr. casu 86. num. 4. Mascard. de probat. conclus. 534. num. 56. Y aqui se prueua ex plurimis. Lo primero, porque quando salió de Genoua no sacò de ella su familia para yrse cõ ella a lugar cierto, antes salió solo, dexãdo su casa, y su muger, y el auer salido desta manera es presunciõ de que no quiso mudar su domicilio, y mas siendo el de origen, vt advertunt Bald. cons. 393. colum. 1. lib. 1. plures referens Menochius de arbitrar. d. casu 86. num. 18. Mascard. de probationib. dict. conclus. 534. num. 2. & sequentib. Cardin. Tusch. verbo, *domicilium*, conclus. 596. num. 9. vbi ait nõ dici transferre familiam quis in loco, qui cum vno vel duobus habitat, nisi omnes de familia secum duxerit. Lo segundo, porq̃ maritus præsumitur domiciliũ habere in ea domo, in qua vxor cũ familia habitat, l. 1. §. domum, de liber. agnosc. ibi: *Larem matrimonio colocauerit*, l. 2. C. vbi Senatores, vel clarissimi, & in l. 1. §. fin. ff. ad Sillan. vbi Vlpianus ait: *Conmixta familia est, & vna domus*, Ciceron lib. officiorum: *Prima societas in ipso est coniugio, proxima liberis, deinde vna domus, communia omnia*, eleganter Anneus Robert. rer. iudicata, lib 4. cap. 1. Y assi auiendose quedado su muger y familia en Genoua, a donde remitiò, segun el lo declara en su testamẽto, mas de 10ij. ducados, bien se descubre el animo de conservar aquel domicilio, y tanto mas considerando que doña Teodora no vino a España hasta ocho años antes que su marido muriera, y no llamada, ni traida por el, con que se descubre su animo de no mudar domicilio. Lo tercero, porque pudo muy bien tener dos domicilios, duobus in locis, glos. in l. ciues, verbo, *allegatio*, C. de incolis, lib. 10.

10.& ex textu in l. labeo, & ibi glos. & in l. assumptio, §. iurisprudentibus, ff. ad municip. & in l. adoptione, C. de adoptionib. & Bart. in dict. l. assumptio, quod potest quis habere plura domicilia, sed vnum principalius altero. Y asi pudo tener el de Carauaca, y conservar el de Genoua, como el de su origen, el mas principal, y adonde tenia a su muger, y a este mas principal se deue atender, y regularse por el contrato, advertid Alciatus cons. 55. nu. 6. & cons. 719. num. 3. Afflict. decis. 184. num. 5. Lo quarto, y vltimo, porque asi lo declaró el dicho Iacome de Bracamonte en su testamento, diziendo, que hasta el tiempo que le otorgaua auia tenido animo y proposito de bolver a viuir y morir en Genoua, & domicilium censetur contractum, ex animi declaratione verbis facta, probat post Menoch. Mascardum, Alciatum, Gaillum, & alios Farinac. 1. part. fragm. verbo, *domicilium*, num. 211. Y aunque estas doctrinas parece corren quando se declara el animo inmediate al tiempo de fixar el domicilio, vt dixit Abb. dict. cap. fin. de parrochijs, mas bien se verifican en nuestro caso, que auiendo siempre conservado el domicilio en Genoua, para quitar toda duda declaró su animo tempore mortis, y no es necessario considerar en estas conjeturas lo que dizen todos los Doctores de transferir la mayor parte de sus bienes, porque Iacome de Bracamonte no sacò de Genoua bienes algunos, antes los que en ella tenia su muger y familia se quedaron, y asi es cierto, que segũ las leyes y fueros de Genoua se deuió juzgar en este caso para la determinacion de los gananciales.

31 ¶ Pero de toda duda nos saca nuestra ley da Partida, que es la 24. tit. 11. part. 4. a donde determinando los casos de contraer matrimonio, y mudar domicilio el marido, si deue estar al lugar del contrato, ò del domicilio, y se deue observar el pacto que al tiẽpo del contrato pusieron para lo que cada vno deue ganar, y auiẽdo dicho: *E despues q̃ son casados acaece que vienen a morar a otra tierra, en que*

vsan

vsan costumbre contraria de aquel pleyto, ó de aquella auenencia que ellos pusieron, &c. Prosigue diziendo el caso de hazer pacto: *E dezimos, que el pleyto que ellos pusieron entre si deue valer en la manera que se auinieron ante que casassen, ò quando casaron, e non deue ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fueron a morar.* Y decidiendo el caso de no auer pacto, como en el nuestro, dize estas formales palabras, cõ q̃ salimos de toda dificultad: *Esso mismo seria maguer ellos no pusiessen pleyto entre si, ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deue valer quanto en las dotes, e en las arras, e en las ganancias que fizieron, e non la de aquel lugar do se cambiaron.*

32 ¶ Este texto le entiende asi Gregorio Lopez, glos. verbo, *ganancia*, a donde auiendo hecho algunas distinciones en los casos de ser los contrayentes de diuersos territorios, y auer contraydo animo commemorandi, aut permanendi, que no es necessario disputar en nuestro caso que ambos eran de vn territorio, y que no ay razon de dudar que abinitio tuuieron animo, ibi: *Commorandi*, que es en lo que se han cansado mucho los interpretes, vt videri potest apud Dom. Ioann. Baptist. de Larrea decis. Granat. tom. 2. decis. 62. nu. 31. cum seqq. Llegando al caso de ser los contrayentes de vn mismo domicilio dize estas palabras: *Aut contrahitur matrimonium in loco vxoris, vel viri animo ibidem commorandi, & ita ibi permanserunt per aliquod tempus, posteà vero mutato proposito in alium domicilium si transtulerunt (qui est casus propriè huius legis vt dixi supra.) Et tunc inspicitur quoad ista lucra constante matrimonio, consuetudo loci, in quo contraxerunt, & non cõsuetudo illius loci, in quem posteà mutato animo diuerterũt, &c.* Y pone los exemplos de el que contraxo matrimonio en Cordoua, y se vino a Granada, & ècõtra, diziendo, que si contraxo en Cordoua se ha de guardar la costumbre de aquella ciudad, mutato domicilio Granatæ, & èccntra la costũbre de Granada mutato domicilio Cordubæ.

33 ¶ Y no es de consideracion la limitacion

cion que despues haze el señor Gregorio Lopez, queriendo entender que en la acquisicion de los gananciales se aya de estar a la costumbre de el lugar del matrimonio, en solos aquellos que alli se ganaron el tiempo que assistieron; y a la costumbre del lugar donde se mudaron para los que se ganaron en el; porque esta distincion no la haze la ley, l. de ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, ex iuribus & DD. à Barbos. congestis axiomat. 136. num. 4. Y porque esta ley de Partida la entendieron tan absolutamente Palacios Rubios in Rubric. de donat. inter. §. 55. numer. 12. Anton. Gomez in l. 53. Tauri num. 75. Ioann. Garcia de coniugali acquæstu, num. 141. Villalob. in antiq. nomis. verbo, *domicilium*, num. 116. que repruevan a Rodrigo Suarez in tit. de las ganancias, l. 1. num. 44. en la distincion an maritus, vt advena cõtraxerit statim recessurus, & animo mutandi domicilium, vel ibi perpetuo permãsurus. Y porque fuera grandissimo inconveniente hazer esta distincion de bienes quando pudiera el marido aver mudado el domicilio cada año de vn lugar a otro dõde huviera esta diversidad de costumbres, y fuera grãdissima cõfusiõ aver de tener parte en estos bienes ganãciales la muger, y en aquellos no, segun la variacion y adquisicion, y assi la ley absolutamente dixo, que quando no avia pacto inter contrahentes, se avia de estar a la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, y no negò esto el señor don Iuan Baptista de Larrea dict. decis. 62. en cuyo pleyto huvo expression, de que el casamiento se celebrò al fuero de Valencia, donde no ay costũbre de gananciales, videre est num. 21. cum seqq. y en el num. fin. Y porque no ay Doctor que en estos terminos lo diga, si bien no es negable la veneracion que se deve a la grave autoridad de el señor Gregorio Lopez.

34 ¶ Pero en nuestro caso, aun quando se aya de estar a esta limitacion, està bastantemente satisfecho, con que Iacome de Bracamonte jamas

mudó domicilio, y siempre le conservó en Genoua.

35 ¶ De todo lo dicho resulta la justicia del Convento en el primero pleyto, que es el que aora se trata de proseguir para que a doña Teodora Generelo no se le deuiessen gananciales algunos, y se le huuiesse de dar al Convento la possession que pedia como a vniuersal heredero de el marido, ex l. fin. C. de ædit. Diui Adrian. y que assi la transacion antes fue lesiva al dicho Convento, pues dió lo que no deuia.

36 ¶ Sed tamen sine veritatis præiudicio, conforme a lo que queda alegado y confirmado con tantas doctrinas, por lo menos podrá negar la parte contraria, ni algun professor de nuestra facultad, que la determinacion del pleyto en quanto a los gananciales tenia duda? Pues si la tenia en que pecò la transació, pues esta es su essencia el ser de re dubia aliquo dato vel retento, ex l. transactio 38. C. de trãsactioni, aũque esto que se dá sea quid modicum, vt in 2. art. probauimus: luego la transacion fue valida, y por razon de su formacion y essencia no se puede invalidar, pues no se le deuian a doña Teodora los gananciales, y quando mas se quiera fauorecer a la susodicha, su pretension no era clara, si no muy dudosa.

37 ¶ Valiendo pues la transacion, por no contener nulidad en su formacion, veamos si se deuerà rescindir ratione læsionis, que es el segũdo articulo.

ARTICVLO. II.

¶ *Que siendo valida la transacion no se puede rescindir por ninguna lesion, ni otro derecho alguno.*

38 ¶ Grande ha sido la controuersia si la transacion se puede rescindir prætextu læsionis, la opinion afirmatiua la fundan en la l. 3. §. cum. trãsactio,

saction, ff. de transact. l. superstite 5. C. de dolo, l. sub prætextu, C. de transactionib. y la lleuan por estos textos que cita Meneses dicés commun. in l. 2. C. de rescind. vend. y despues con otros muchos Burgos de Paz conf. 19. num. 12. y vltimamente juntandolos todos el señor D. Iuan Bapt. de Larrea decis. Granat. 68. tom. 2. nu. 2. y en particular en la lesion enormissima por el texto in l. In summa 65. ff. de condict. indeb. in illis verbis: *Sin autem euidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, & repetitio dabitur*, cō otros muchos Doctoresque refiere en el num. 3.

39 ¶ La opinion negatiua de que no se puede rescindir la transacion, no solo quando interuiene enorme lesion, verum etiam aunque interuenga enormissima, lleuaron otros muchos Doctores, que assimismo refiere el señor don Iuā dict. decis. à num. 5. por el texto en la l. odiosas 3. C. de plus petitionibus, l. sub prętextu, C. de transact. l. in summa, ff. de condict. indeb. l. Lucius 78. §. fin. ff. ad S.C. Trebel.

40 Sed in huiusmodi opinionū conflectu la mas seguida, mas cierta, y verdadera es la opiniō negatiua, assi lo dixo la decis. del señor D. Iuā n. 11. *In quo opinionum conflictu eam semper veriorem censui, & contra receptam aliquorum praxim pluriès in Senatu iudicaui, læsionem nec dum enormem, verùm enormissimam, locum non habere in transactione, quæ interponitur in lite iam mota, vel proximè mouenda, &c.*

41 ¶ Esta verdad la apoya validissimis fundamētis, y en nuestro Reyno es insuperable la l. 34. tit. 14. p. 5. y es muy ponderable lo q̄ cō mucho cuydado, y noticia notò de Schiford. ad Ant. Fabr. el señor Larrea, d. decis. num. 10. ad finem: *Et practicorum pertinatiam notat Schifordegerus ad Anton. Fabr. lib. 2. tract. 5. in princ. vt contra expressas iuris rationes, & decisiones insistant posse læsioni immodicæ prætexu rescindi transactionem, nam id prohibitum tradit expressè apud Gallos, Pedamōtanos, Saxones decretis imperialibus, & apud nos Hispanos, &c.* De manera, que

auiendo

auiendo expressa decision de nuestra ley de partida confirmada con la opinion de tantos Doctores, y con semejantes leyes, estatutos, y decretos de otros Reynos, mas que disputa parece proteruia, y pertinacia el defender lo contrario, y son las palabras de nuestra ley que lo deciden estas: *E porende dezimos, y mandamos, que la auenencia y el pleyto que assi fuesse hecho, que deue ser guardado, tambien por la vna parte, como por la otra, e quanto quier que montasse aquella parte que quitasse el demandador, non la podria despues demandar, e maguer se quisiesse defender diziendo, que se mouiera a fazer pleyto del quitamiento por las escatimas que le parara delante el demãdado nõ deuen valer.*

42 ¶ Y lo que mas ata, y conuence el entendimiento, es, que en la transacion lite iam mota, aut de proximo mouenda no se ha de mirar el valor todo de los bienes litigiosos para computar la lesion, sino el valor de aquel dudoso sucesso del pleyto, vt ex Bart. Decio, cum ab eo relati, Panormitano, Rodrig. Suarez, Gamma, Pinelo, & alijs, probat Dom. Larrea, num. 13. Y este dudoso sucesso del pleyto quien lo podrá medir? porque si se buelue a los fundamentos de la justicia en el litigio, aurà de lleuarlo todo el vno de los colitigãtes, que podria ser el que dio, y no el que en la trãsacion recibio, y se aurá de salir de la duda, porque si supone que no la ay, no valdrà ex alio capite, y serà nula la transacion: videlicet, porque faltarà su essencia, ques es vt diximus supra, *de re dubia aliquo dato, vel retento*: y assi dize el señor D. Iuã n. 14. *Igitur, si ad læsionis computationem conferas dubium euẽtum litis, quis vnquám metiri poterit quotam, vel quantam læsionem, vt transactio, quæ sua naturá fieri oportet de re dubia, & incerta, l. 1. ff. de transaction. certam ostendat læssionem, maximè tempore contractus, l. 2. l. si voluntate 8. C. de rescindend. vend. & cùm transactio non fiat nisi cùm lis pendet, aut cùm timetur, quo casu nullus inficiabitur, incertũ esse ius partis, fieri nõ valet, vt res incerta certã æstimationẽ habeat, l. vbi autem 75. ff. de verb. oblig. nec fieri potest, vt qui incertum ius remissit, aliquo recepto*

ex transactione, quod fortè sine illa non haberet, læsus videri debeat, l. de fideicom. 11. C. de transf. cũ in iure nihil certius sit quã certã nõ esse litis euẽtũ, sed valdè incertũ & dubiũ, &c. Luego por razõ de lesiõ nullatenus se puede impugnar esta trãsaciõ, en q̃ no solo no ay lesion enormissima, pero ni enorme, ni lesion alguna; antes segun lo que se prouò en el primero articulo, no se le deuia cosa alguna por razon de gananciales a doña Teodora Generelo, y antes pudiera impugnarla el Conuento para que boluiera los quatro mil ducados, por no auer duda en su justicia, y assi por esto ser nula la transacion en fauor del Conuento; y aunque ha auido Doctores q̃ dizen, que se puede estimar el dudoso sucesso del pleyto, no empero certè & indubitatè, vt requiritur ad computationem læsionis, vt aduertit alegãdolos, y satisfaziendo a todos D. Larrea, d. decis. 68. n. 21.

43 ¶ Pareciendole a la parte contraria, que no es su derecho muy seguro por la lesion, ha pretendido impugnar esta transacion ex alio capite, videlicet, porque no se cumplió con las cõdiciones del segundo contrato en razon de la paga, porque dize que no se truxo la licencia del padre General: y para que se conozca quan leue fundamento es este, suponemos.

44 ¶ Lo primero, que esta transacion, que es la principal escritura, concurrieron todos los requisitos necessarios de licencia del padre General, y los demas para su validacion, y doña Teodora juró de no impugnar este contrato, conque sin duda quedò en su formacion perfeta es la transacion.

45 ¶ Lo segũdo, que por auerse obligado en ella a dar el Conuento a doña Teodora en contado quatro mil ducados dentro de cincuenta dias, por no auer hallado quien se los diesse a cẽso hizo segunda escritura, por lo qual en pago de dicha cãtidad se le dieron a D. Teodora las heredades q̃ en esta escritura se cõtienen, y en esta huuo

tambien condicion de que se auia de traer aprouacion del General dentro de veynte dias, y aparte de la escritura (dize doña Teodora) que se hizo cedula en que precissamente se obligò el Conuento a traer la aprouacion del General dentro de sesenta dias, y entregarsela, y de no hazerlo auia de quedar saluo su derecho para vsar del, y de las dichas escrituras, ò de qualquiera cosa de por si como le pareciesse, y que las heredades quedaron en arrendamiento en el Conuento por cinco años.

46 ¶ Esto supuesto, es sin duda, que el Conuento dentro del termino asignado truxo la aprouacion del General, y la entregò a doña Teodora, esto es constante, y sin razon de duda oy, porque se ha presentado la aprouaciõ que hizo el General sacada en virtud de Real prouision, y citacion de doña Teodora: y porque ella vsando de esta segunda escritura, por auerse en ella el Conuento sometido a la jurisdicion del Nuncio de su Santidad: le executò en el, y por auer constado de la paga del Cõuento, y tambien en aquel juyzio presentadose la aprouacion, fue absuelto y dado por libre, como consta del testimonio presẽtado en estos autos. Luego en quanto a esta parte de la aprouacion, no tiene fundamento para impugnar doña Teodora este contrato segundo.

47 ¶ Menos le tiene en pretender, que aunque el Conuento parece que le dio in solutum estas heredades, no se las diò, porque se quedò con ellas, porque esto es contra verdad, pues aunque el Conuento quedò en ellas, esto fue por arrendamiento por los cinco años del pacto de retrouendendo que en la escritura se puso en fauor del Cõuento, por parecerle que las heredades valian mucho mas, y que hallando en este tiempo los quatro mil ducados a censo se las bolueria a tomar, y de este tiempo pagò a doña Teodora los 900. ducados en las diez pagas como se concertó, y esto se comprueua, conque passados los cinco años deste pacto, y arrendamiento doña Teodora boluiò a

tomar

tomar en si las heredades, y las arrendò a diferẽtes personas, y vendio el cercado en ochocientos ducados a Saluador de Alegria por escritura en que dá fee de paga el escriuano ante quien se otorgò q̃ està presentada. Luego ningun fundamento tiene por esta consideracion doña Teodora.

48 ¶ Pero quando el Conuento no huuiera traydo la licencia, ni cumplido las condiciones de la cedula que se supone, esto seria bastante para impugnar esta segunda escritura de la dació in solutum, y pedir el precio de los quatro mil ducados, como que no se huuiera otorgado, y todas las demas pretensiones, que seclusa hac secunda scriptura pudiera tener: pero no para anular y deshazer la escritura de trãsacion, en que se cumplio con todo lo pactado en quanto aprouació del General, y lo demas, ni boluer á suscitar pleyto extinguido y acabado en virtud de ella: ademas que como della consta la transacion fue jurada, y doña Teodora no ha obtenido relaxacion de este juramento ad effectum agendi, que era preciso, vt probat Ioan. Camil. Bilocta de absol. iurament. lib. 1. cap. 5. num. 7. no porque la transació ex eo que contenga juramento no se pueda impugnar, que bien se que lleuaron muchos Doctores que se puede, como fueron Gutierrez in Auth sacra pub. nu. 92. & 97. Padilla in l. 2. C. de rescind. vend. num. 43. & 44. Hermosill. ad l. 56. tit. 5. part. 5. glos. 11. & 12. num. 35. cum alijs, sino porque para introduzir el juyzio, es necessario abrir la puerta cõ la relaxacion, para no incurrir en el perjurio. Y assi todo lo que por parte de doña Teodora se cõsidera de defectos en la segunda escritura, ex hoc capite no anulan, ni deshazen la transacion.

49 ¶ Vltimamente quando no huuiera interuenido esta transacion, y tuuiera fundamento la pretension de doña Teodora Generelo en los gananciales, no le podian tocar segun la hazienda que quedò de Iacome de Bracamonte su marido, sacadas las deudas, funeral, y los desperdi

cios

cios de los juros y censos, aun los quatro mil ducados, ropas de su vestir, y lo demas que se le diò por la transacion, porque su dote fue de poca consideracion, porque solo se compuso de seiscientas libras de moneda, y de ellas recibió las dozientas con efeto, que segun el valor, y computo de Genoua corresponderan estas dozientas libras a 500. reales poco mas, o menos de Castilla, y conforme a los estatutos de Genoua solo está obligado a restituyr el marido lo que por el instrumento dotal constare auer recibido, aunque en el aya confession de recepto, porq̃ no es como en nuestro Reyno, que aunque para con el tercero no obra la cõfession de recepto, obra contra el marido, y assi dize el estatuto de aquella ciudad en el lib. 5. cap. 5. *Le femine, e chi hà causa da quele non possino (anco venẽdo il caso di restituere le doti) domandare le doti nei beni de i mariti, i quali non hauranno risscos esse doti, del che consti per instromento dotale, o per instromento (come si dize) di contra carta; di modo che doue non sia tal instromento di contra carta, possino domandarle nei beni del marito ancorche apparesse la confessione sola delle dote riceuute, quanto al pregiudicio del marito, e suoi heredi, &c.* Y solo le tiene obligacion el marido a ceder las acciones a la muger, o a sus herederos contra los obligados por la parte no pagada, vt in dict. cap. ibi: *Si ano tenuti però i mariti, e i loro successori per le doti non pagate, mà promesse, ò por la parte non pagata, cedere le ragioni alle donne, od ai loro heredi contro gli obligati.* Y assi cõforme a este estatuto solo tenia obligacion Iacome de Bracamonte a pagar estas 200. libras, y ceder el derecho cõtra el padre de doña Teodora para la demas cantidad no pagada, y essa misma obligacion tenia el Conuento como su heredero. Luego bastantemente estuuiera pagada la susodicha con los quatro mil ducados, cofres de vestidos, habitacion de la casa, cama, y lutos, y otras cosas que se le dieron, aun quando le pertenecieran los gananciales.

60 ¶ De todo lo qual resulta, que la dicha doña

doña Teodora, ni por lesion en la transaciō, que ni la huuo, ni en el dudoso sucesso de el pleyto se puede considerar tal que la rescinda, ni por el segū do contrato de la dacion in solutum que está tam bien cumplido puede pretender recision della; ni proseguir el pleyto que pendia en esta Corte.

ARTICVLO III.

51 ¶ *Que caso que el pleyto aya de proseguirse en lo que viene apelado (que es de el auto en que se mandò dar a doña Teodora el amparo de los bienes que quedaron por muerte de su marido, sin embargo que fue con fianças) se há de reuocar, y mandar dar al Conuento la possession como a vnico y verdadero heredero del dicho Iacome de Bracamonte.*

52 ¶ Para la resolucion de este articulo es necessario suponer la question que tratan los Doctores vtrum bona quęsita constante matrimonio pertineant, statim vnicuique, marito, scilicet, & vxori pro dimidia, quo ad dominium, & possessionem? Y que pertenezcan statim pro dimidia vnicuique lo afirmaron Rod. Suarez in l. 1. tit. *de las ganancias*, num. 18 Segura in l. 3. §. final, n. 78. ff. de lib. & posth. & in tract. de bonis lucrat. constant. matrim. num. 4. & seqq. Ant. Gomez ad l. 51. Taur. num. 76. Palac. Ruvios in Rubr. de donat. inter. §. 66. num. 24. Greg. Lop. in l. 55. tit. 5. p. 5. verbo, *comunalmente*, Dom. Couarr. lib. 3. var. cap. 19. nu. 2. qui possessionem ipso iure in vtrūque transferri dicit; Baeza de non melior. filia. c. 11. num. 106. Auend. respons. 20. Matienç. in l. 2 tit. 9. lib. 5. glos. 3. nu. 13. & seqq. Burgos Iun. quæst. 9. Ioann. Gutierr. pract. lib. 2. quæst. 118. & alij relati ab Angulo de meliorat. ad l. 3. glos. 2. num. 7. & ab Additionatore Ant. Gomez loco citat. qui omnes mouentur ex l. 2. tit. 9. lib. 5. Recopil. ibi: *Ayanlo ambos de por medio*, quasi verbum illud sit directum importans translationem dominij

minij in vtrunque coniugem. Y por esta parte Segura induze la l.4.tit.4.lib.5. Ordinam. in illis verbis: *Ayanlo ygualmēte*, vt sic acquisitio sit æqualis, nec marito acquiratur plus quā vxori, la qual es oy la l.5.tit.9.lib.5.Recop. adonde en lugar de las palabras referidas del ordenamiento se lee, *que ambos lo ayan de consuno*. Y tambien induzen la l.47.tit.28.part.3.adonde hablando de los compañeros a cuya semejança es la compañia de los coniuges, dize: *Otro si dezimos, que toda ganancia que qualquiera dellos faga, q̄ el señorio della passa a los otros tambien, como si cada vno dellos la huuiesse fecho.*

53 ¶ Los autores desta opinion precisamente han de dezir, que si el dominio, y possession statim que los bienes se ganaron passarō pro sua parte dimidia a la muger, podrà morto no marito continuar su possession persistiēdola los bienes; y aunque los herederos de el marido pidan la possession, o por el edicto de D. Adriano, o por la disposicion de la ley de Soria aurà de ser amparada en su possession: assi lo dixo Matieço en estos terminos in dict. l.2.tit.9.lib.5. Recop.glos.3.n.20.ibi: *Ex quo infero, quod si hæres in testamento institutus ex remedio, l. vltim. C. de edict. Diu. Adriani. toll. Vel ab intestato iuxta l. Soriæ petierit se mitti in possessionem bonorum defuncti, quæ reliquit tempore mortis, non poterit mitti in possessionem dimidiæ partis bonorum constante matrimonio acquisitorum, quippè quorum domina erat vxor ipsa in vita defuncti, &c.* Lo mismo sintiò Ioan Garcia de coniug. acquæstu, num. 189. ad fin. ibi: *Cum ipsa enim sit Domina suæ partis, & lucrorum pro sua paate habeat verum dominium, nihil est quod in his accipiat ab hærede, nec hæres in possessionem mittendus est earum rerum, quæ ad testatorem suum non pertinuerunt, nec viuentem, nec morientem, &c.*

54 ¶ Sed nihilominus, la opinion cōtraria es mas cierta, y tiene mejores fundamentos: hoc est, que constante el matrimonio, non acquiratur quidquā vxori, neque dominio, neque possessione, hanc tenuerunt ex exteris in similibus

con-

consuetudinibus, & statuit Ancharan consil. 162. Boer. in consuet. Vitturicens. tit. *Des droits des gens mariés concernans les iuges*, § 10. colum. 2. vers. *Et non solum*, Benedict. in cap. *Raynutius*, verb. *& vxorem nomine Adelasiam* num. 788. Tiraquell. lib. 1. de retract. § 42. glos. 1. num. 100. Petrus Pechius de testam. coniug. lib. 2. cap. 1. n. 3. ex nostratibus Castill. in l. 16. Taur. verb. *ha de auer*. Tello Fernandez que explicò elegantissimamente esta materia, y citò los Doctores todos que hasta su tiempo auian escrito, respõdiendo a los fudamentos de los que lleuan la contraria opinion, y assi auiendo disputado esta question in d. l. 19 à num. 10. dize en el num. fin. ad fin. *& sic teneo quód in mulierem nullum dominium est translatum, constante matrimonio, respectu bonorum quæsitorum, sed habet conditionem ex lege, vel eius hæredes, vt communicet maritus bona cum ea*. Y suplico a v. m. vea particularmente este lugar, que en el està (en mi sentir) respondido a todos los fundamentos de la opiniõ contraria. Despues de Tello Fernandez sintieron lo mismo Lud. Velazquez de Auendaño ad l. 14. Taur. glos. 1. adonde auiendo referido en el num. 1. los Autores de la primera opinion, dize en el n. 2. *Contrariam tamen sententiam veriorem omninò iudicamus, &c*. Y en el num. 13. *quæ sententia verissima & recepta ex eo vltra ipsum confirmatur, &c*. Va poniendo los fundamentos della. Despues de Auedaño lleuò esta opinion Angulo de meliorat. ad l. 3. glos. 2. n. 7. vers. *Cæterũ in hoc art*. in vltima editione, fol. 282. respõdiendo a las leyes del Reyno referidas en aquellas palabras, *ayanlo de por medio*, & illa *ayãlo ygualmente*, & illa: *que ambos lo ayan de consuno*: y tambien a la l. 47. de la partida. De manera, que vistos estos Doctores dexan sin duda la controuersia, y y esta opinion por mas cierta y verdadera.

55 ¶ De aqui naze, que no tiniendo la muger dominio, ni possessiõ in vita mariti de los gananciales no se puede continuar en ella possession que no tuuo, y que hasta que se aya diuidido la herencia, y reconocidose quales son, y en que

se

se le adjudicā los ganāciales se ha de continuar la possessión en los herederos del marido, y se les ha de dar la actual, aut ex edicto D. Adriani ex testamento, aut virtute legis Soriæ ab intestato; porq̄ como afirman todos los Doctores de la vna y otra opinion este derecho de la muger a los gananciales, se refiere a el efecto de la diuision, y particion: sic Tell. Fernand. in dict. l. 16. num. 15. ibi: *sed vxori nullus negat dandam condictionem ex lege soluto matrimonio ad petendam medietatem acquisitorum. Ergo si haberi dicitur quod peti potest, non ficté, sed affirmatiuè verbum, ayan, referendum est ad petitionem, non ad dominij translationem, vt euitetur iuris correctio.*

56 ¶ Lo mismo con mucha viueza dixo Angulo in d. l. 3. glos. 2. num. 7. vers. *Cæterum*, ibi: *Tum quia emens pro se etiam de pecunia communi, vel aliena sibi tantum abquirit, l. si patruus, C. commu. vtriusq. iud. Quamuis enim iure regio bona sint communia: verba tamen legis*, ayanlo de por medio, *& illa*, ayanlo ygualmente, *& illa*, que ambos lo ayan de consuno, *non sunt præcisa ad denotandum dominij translationē, statim in vxorem, ex traditis à Bart. num. 1. in l. 1. §. potestatis de peculio per text. in l. 1. § quod autem de vi & vi armata. Et satis commodé referuntur ad finalem effectum diuisionis, non ad qualitatem acquisitionis, quæ cum fiat marito, ille solum tenetur actione ex lege communicare cum vxore.*

57 ¶ Con esto se entiende lo que dixo Anton. Gomez in l. 45. Taur. num. 150. quicquid dicat Matienç. in l. 2. glos. 3. tit. 9. nu. 20. y no puede dexar de poner las palabras de Antonio Gomez, que son muy a proposito de lo que voy fundando, que sic se habent: *Sextò dico* (va hablando de el edicto D. Adriani) *quod non erit legitimus contradictor, ille qui habet titulum habilem ad translationem dominij ab aliquo tertio in vita testatoris, vel post eius mortem, si nunquam habuit possessionem, nec sibi fuit tradita, sed possidebantur, vel detinebantur à defuncto tempore mortis: quia tunc ex eo quod habeat titulum, & in continenti vellet probare eum, non impeditur missio, imò hæres institutus mittendus erit in possessionem, & ille non erit legitimus contradictor:*

ctor: quia ille titulus sibi produxit actionem personalem cõtra obligatum, qui titulum concéssit, non verò contra defunctum possessorem, vt in l. fin. §. fin. cum similibus, ff. de contrah. empt. Ergò similiter nõ dabitur contra eius hæredẽ, & sic nõ impeditur missio: imò licet ab ipso defũcto habuerit titulũ: non habuit possessionẽ, nõ erit legitimus cõtradictor, &c. No se q̃ pueda auer lugar mas expresso para la opinion que voy prouando. Y va prosiguiendo comprouando esta doctrina con muchos textos, y Doctores, y con muchas razones, vt apud eum videre est en todo este numero.

58 ¶ Bien sintió la dificultad Rodrigo Suarez, y a mi parecer à no tener tunc temporis este doctissimo escriptor pleyto pendiente, resolviera en fauor desta opiniõ, por los fundamentos que muestra, y finalmente lo dexa en duda, dum ait in l. 5. tit. de las ganancias, num. 58. ad fin. auiẽdo disputado por todo el num. la question: *Nihilominus est quæstio satis dubia, & maturius cogitanda, nisi dicas, quòd censeatur etiam vxori facta traditio per promiscuã amborum possessionem.* Et inferius: *Hoc est importantissimum de facto: nam mortuo marito hæredes petunt se mitti ex edicto Diui Adriani in possessionem bonorum, quæ remanserunt à defuncto, si in medietate bonorum vxori pertinente ex dispositione huius legis, ipsa tuenda sit in possessione, nec in illis debeat mitti hæres, vel an ipsa debeat habere de manu hæredis, cogitabis: quia nunc habeo de facto consulere apud ciuitatem de Guadalajara.* Quien no vé que este Autor solo habla claro en el caso de tomarse por marido y muger promiscuamente la possession de estos bienes gananciales en aquellas palabras? *Nisi dicas, quod censeatur etiam vxori facta traditio, per promiscuam amborum possessionem*: y en lo demas que no lo resoluiò por el pleyto que tenia pendiente.

59 ¶ Luego conforme a esta vltima opinion, que es la mas cierta, y verdadera, y de mas solidos fundamentos, injusto fue el auto de mandar

que se diesse a doña Teodora Generelo la possession de todos los bienes, y que se deue reuocar, mãdandola dar al Conuento, para que (en caso de deuerse los gananciales) los aya la susodicha, facta diuisione, de manu hæredis.

60 ¶ Pero quando la primera opinion fuera la mas cierta, quien de los que la lleuan ha dĩcho, que a la muger se le ha de dar la possession no solo de su mitad, sino de todos los bienes, assi del marido, como de los que pretende le pertenecen? Veãse todos los Autores, y se hallarà, que solo ponen la duda en su mitad, no en lo demas, porq̃ ninguna mayor razon tiene la muger para su mitad, que los herederos para la suya, y assi quando mas se les auia de dar a ambos la possession pro indiuiso. Luego el auto de que viene apelado fue injusto en quanto mandó, que a doña Teodora se le diesse la possession de todos los bienes que quedarõ por fin de Iacome de Bracamonte, y que su heredero en quien se continuó la possession, o las acciones directas que le dan el edicto del Diuo Adriano, y ley de Soria, para aprehenderla aya de pedir a la muger lo que nunca posseyò, no solo en la mitad perteneciente al marido, sino en la mas verdadera opinion en la que a ella le pudiera pertenecer, y tanto mas en el caso de nuestro pleyto, que no se le deuen gananciales, segun lo que queda prouado en el articulo primero.

61 ¶ Con lo qual parece, que la justicia del Conuento es clara para que se aya de obseruar la transacion, y que en ella no està prouada lesion alguna, y quando la huuiera en qualquiera cantidad no poderse considerar en el dudoso sucesso de el pleyto, tal que la rescinda, y tanto mas no deuiendose gananciales, por auerse hecho en Genoua el contrato, donde no los ay. Y quando se huuiera de boluer a el pleyto, y proseguirse, como si no huuiera interuenido transacion, deuerse reuo-

car

car el auto de el Alcalde mayor, de que vino apelado por el Conuento, mandando, que llanamente se le dà possession de los bienes, como a heredero vniuersal de Iacome de Bracamonte. Y assi esperamos que se ha de determinar: Salva in omnibus V. D. C.

El Licenciado Ramon de Morales.